

قصاص دوجنسی‌ها در اسلام

سوفیا دیوسالار مهاجر^۱، بیت‌اله دیوسالار^۲، فخراله ملایی کندلوس^۳

چکیده

زمینه و هدف: یکی از چالش‌های مهم حقوقی وضعیت دوجنسی‌ها (افراد خنثی) در مجازات‌ها است و مسائل زیادی در این رابطه مطرح است. از جمله اینکه چنانچه افراد دوجنسه مرتکب جنایت شوند مجازات آنها به چه صورت است. سؤال اساسی که در این مقاله مطرح شده این است که قصاص دوجنسی‌ها در اسلام چگونه است؟ و روش تعیین جنسیت غالب برای تعیین کیفر قصاص به چه نحو است؟
روش تحقیق: این مقاله از روش تحلیلی توصیفی استفاده شده است.

یافته‌ها و نتایج: جنسیت در تعیین مجازات قصاص در اسلام تأثیرگذار است. در خصوص وضعیت دوجنسه‌ها (افراد خنثی)، باید گفت که در فقه به این افراد با عنوان خنثی اشاره شده و در دو دسته کلی افراد خنثی واضح و افراد خنثی مشکل تقسیم‌بندی شده است. احکام فقهی از جمله قصاص نیز بر حسب این دو دسته تقسیم‌بندی شده است. در خصوص قصاص افراد خنثی مشکل چندان مناقشه‌ای میان فقها وجود ندارد. مهم‌ترین مبحث در فقه در خصوص افراد خنثی غیر مشکل است که عمدتاً در ذیل بحث ارث مورد توجه قرار گرفته است. بر این اساس لازم است جنسیت غالب مبنای قرار گیرد. بر این اساس حکم قصاص فرد خنثی غیرمشکل و واضح که غالبیت به جنس مؤنث و مذکر را داشته باشد، بر اساس همان جنسیت غالب انجام می‌شود. به این معنی که لازم است مشخص شود جنسیت غالب در فرد دوجنسه چیست و بر اساس آن در صدور حکم قصاص عمل شود. تعیین جنسیت غالب را می‌توان به علم پزشکی و پزشکی قانونی سپرد. البته این به معنای بی‌نیازی قوانین مدون در این خصوص نیست و با توجه به خلاء مباحث فقهی و قانونی در این خصوص لازم است قانون‌گذار به تدوین قوانین کارآمد و صریح مبادرت ورزد.

واژگان کلیدی: دوجنسه‌ها، خنثی، فقه، جنسیت غالب، قصاص.

* استناددهی (APA): دیوسالار مهاجر، سوفیا؛ دیوسالار، بیت‌اله و ملایی کندلوس، فخراله (۱۴۰۰). **قصاص دوجنسی‌ها در اسلام**. تحقیقات حقوقی آزاد. ۱۴(۵۲): ۱۶۲-۱۴۵. قابل‌بازیابی از:

http://alr.iauctb.ac.ir/article_685400.html

^۱ دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران.

رایانامه: sofia.divsalar@gmail.com

^۲ استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران.

رایانامه: Beytollahdivsalar@yahoo.com

^۳ استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران.

رایانامه: kandeloos.fmk@gmail.com

مقدمه

در برخی جرایم، جنسیت در تعیین مجازات آنها تأثیرگذار است و قصاص از جمله این جرایم می‌باشد. قصاص یکی از اولین احکام از سوی خداوند متعال در صورت قتل و قطع عضو یک انسان بی‌گناه پیش بینی شده است (الشیخ الطوسی، ۱۴۱۷: ۲۱۷؛ الفاضل الهندی، ۱۴۰۵: ۴۳۵). برحسب برداشت‌هایی که از آیات متعدد قرآن از جمله آیه ۴۵ سوره مائده شده، قصاص امری مسلم است. بر این اساس قصاص در اصطلاح، «پیگیری نمودن و دنبال نمودن اثر جنایت به گونه‌ای که قصاص‌کننده همان جنایتی که جانی بر او وارده ساخته است، بر خود او وارد نماید» (نجفی، ۱۳۶۳: ۷). در اصطلاح فقها نیز شبیه معنای لغوی قصاص مورد عنایت قرار گرفته است: قصاص عنوانی است که برای انجام دادن مثل جنایت ارتکاب یافته، نظیر قتل، قطع، ضرب و یا جرح به کار می‌رود و ریشه آن پیروی کردن از اثر است؛ چون قصاص‌کننده اثر جنایتکار را پیروی می‌کند و کاری مانند کار او انجام می‌دهد (طباطبایی، ۱۴۱۲: ۵۰۰).

نکته مهم در خصوص قصاص که اساس مقاله و بحث حاضر را شکل می‌دهد، نقش جنسیت در آن است؛ زیرا بین زن و مرد در مجازات قصاص تفاوت وجود دارد. به عبارتی بر اساس منابع فقهی، در لزوم پرداخت فاضل دیه در قصاص مردی که زنی را به عمد کشته است بین فقهای بزرگ شیعه اتفاق نظر وجود دارد (حلی، ۱۴۱۰: ۳۳۲-۳۳۱؛ طباطبائی، ۱۴۱۲: ۵۲۸؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۸: ۵۵۲؛ نجفی، ۱۳۶۳: ۷) و در این زمینه هیچ قول مخالفی وجود ندارد. همچنین در هیچ‌یک از کتب فقهی چه از قدما و چه از متأخران قول مخالفی بیان نشده است و البته همین امر برای اجماعی بودن موضوع یاد شده کفایت می‌کند (سلوکلابی، ۱۳۵۳: ۶۵). مسأله اینجاست قصاص دوجنسی‌ها در اسلام چگونه است؟ دوجنسی‌ها^۱ افراد دارای آلت تناسلی از هر دو جنس هستند؛ این بیماران دارای اختلال ظاهری در اندام تناسلی و اندام‌های داخلی جنسی و سیستم هورمونی جنسی می‌باشند و معمولاً نمای ظاهری از اندام هر دو جنس را دارا هستند. دوجنسه بودن به معنای خاص آن حالتی ویژه و غیر معمول است که در آن فرد در زمان تولد نشانه‌های جسمی هر دو جنسیت مرد و زن را به میزانی دارد. افراد دوجنسه به دلیل وضعیت فیزیولوژیک خاصی که دارند در جایگاهی متفاوت نسبت به سایر افراد قرار می‌گیرند (ابراهیمی و وکیل‌زاده، ۱۳۹۱: ۸۵). بر اساس آنچه گفته شد، حال سؤال این است که آیا چنانچه افراد دوجنسه مرتکب جرم مستوجب قصاص شوند، مجازات این افراد چگونه است؟ و از چه روشی برای تعیین جنسیت غالب

۱. «تَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ...»؛ در تورات بر بنی اسرائیل حکم کردیم که نفس را در مقابل نفس قصاص کنند و چشم را به مقابل چشم و بینی را به بینی و گوش را به گوش و دندان را به دندان و هر زخمی را قصاص خواهد بود...».

افراد دوجنسه جهت تعیین کیفر قصاص استفاده می‌شود؟ این موضوع وقتی از اهمیت بیشتری برخوردار است که توجه شود حکم قصاص در خصوص زن و مرد متفاوت است. به منظور بررسی سؤال مورد اشاره، ابتدا بحث نظری مطرح می‌شود، سپس دوجنسه‌ها (خنثی) در فقه و رویکرد فقه نسبت به نقش جنسیت در قصاص بررسی و در ادامه از قصاص دوجنسی‌ها در اسلام بحث می‌شود و در نهایت نتیجه‌گیری بیان می‌گردد.

۱. دوجنسه‌ها (خنثی) در فقه

واژه خنثی در اصطلاح فقهی به کسی گفته می‌شود که دارای هر دو آلت تناسلی زنان و مردان باشد (طوسی، ۱۳۸۸: ۲۶۶؛ کاسانی، ۱۴۰۹: ۳۲۷؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۱-۱۴۱۰: ۲۷۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳-۱۴۱۹: ۲۴۰). به رغم این تصریح، به نظر می‌رسد گروهی از فقها مقوم خنثی بودن را تنها وجود دو آلت تناسلی مختلف در بدن ندانسته‌اند؛ بلکه در گستره‌ای وسیع‌تر، معیار خنثی بودن را نامعلوم بودن هویت جنسی، با نمودهای مختلف آن، دانسته و برای خنثی معنایی عام قائل شده‌اند. بر این اساس، برخی فقهای امام (طوسی، ۱۳۸۸: ۱۱۴؛ صدر، ۱۴۲۷: ۲۲۱ و ۲۲۳) و اهل سنت (ابن قدامه، بی‌تا: ۱۲۱-۱۱۴؛ خطاب، ۱۴۱۶: ۶۱۱-۶۱۰؛ خطیب شربینی، ۱۳۷۷: ۲۹-۲۸) افراد فاقد هر دو آلت تناسلی را نیز از اقسام خنثی شمرده‌اند. خنثی شخصی است که هم آلت مرد و هم زن را دارد. برخی احتمال می‌دهند که خنثی نه مرد باشد نه زن، بلکه مصداق هر دو عنوان باشد. (یزدی، ۱۴۱۱: ۱۶؛ مراغی، ۱۴۱۷: ۳۸؛ همدانی، ۱۳۷۶: ۲۱۱). در کل افراد خنثی در فقه گروهی هستند که به نوعی در دستگاه تناسلی آنان مشکلی به وجود آمده است که دارای اقسام مختلفی است.

۱-۱. افراد خنثی مشکل

فردی که هم آلت مردانه و هم آلت زنانه دارد، در اصطلاح فقهی به آن خنثی مشکل می‌گویند. خنثی مشکل کسی است که از طریق امارات طبیعی یا علائم شرعی معلوم نمی‌شود که آیا زن است یا مرد (عاملی جبعی، ۱۳۶۷: ۱۹۴)؛ به عبارتی خنثای مشکل به خنثایی اطلاق می‌شود که تعیین جنسیت او به سبب محقق نشدن اوصاف و نشانه‌های زنان با مردان با تعارض آنها با یکدیگر، امکان‌پذیر نباشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۱۵۴). در کل چنانچه تعیین جنسیت خنثی از هیچ راهی امکان‌پذیر نباشد، از منظر فقهی وی خنثای مشکل به شمار می‌رود. علاوه بر این، در کتب فقهی حقوقی نوع خاصی از اختلال جنسیتی نام برده شده که در آن شخص نه آلت مردانه دارد و نه آلت زنانه (طاهری، ۱۴۱۸: ۳۵۱) که به آن ممسوح می‌گویند (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۵۷). در اینکه ممسوح ملحق به زن است یا مرد و اینکه احکام زنان را باید رعایت کنند یا مردان اختلاف است. این دسته هم در ردیف خنثی مشکل قرار می‌گیرد.

۱-۲. افراد خنثی غیر مشکل (واضح)

تقسیم‌بندی دیگر، خنثی غیر مشکل (واضح) است. خنثی غیر مشکل خنثایی است که از طریق علائم و امارات هر چند امارات ظنی می‌توان فهمید که زن یا مرد ملحق شود (خمینی، ۱۳۷۷: ۳۹۹؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۶۴۲). خود به اقسامی دیگر تقسیم می‌شود؛ الف) خنثای مؤنث: زمانی که در خنثی حالت زنانه بر حالت مردانه غالب باشد که بدان خنثای آنثی هم می‌نامند؛ ب) خنثای مذکر: حالت مردی به حالت زنانه غلبه داشته باشد که بدان خنثای مذکر می‌گویند.

در مجموع در فقه امامیه دوجنسه (خنثی) به افرادی اطلاق می‌شود که به دلیل نقص یا اضافه در دستگاه تناسلی اعم از جزئی یا کلی شامل: فقدان آلت، وجود زائده، وجود هردو آلت از هر دو جنس، هویت جنسی‌شان در ابهام است. در اصطلاح شرعی خنثی انسانی است که خلقت او شاذ است. به این معنا که نمی‌توان فهمید که آیا او مذکر می‌باشد یا مؤنث؛ به دلیل آنکه علاماتی که دال بر ذکوریت یا انوئیت باشد در وی وجود دارد؛ یا آنکه تشابه به این علائم جدی است که ترجیح یکی بر دیگری دشوار است.

۲. رویکرد فقه نسبت به نقش جنسیت در قصاص

در بین فقهای اهل سنت در مذاهب چهارگانه عموماً معتقدند؛ مرد قاتل در برابر قتل عمدی زن قصاص می‌شود بدون اینکه ورثه مقتوله ملزم باشند نصف دیه قاتل را بپردازند (الجزیری، ۱۴۰۶: ۲۸۷)، اما در فقه امامیه در این خصوص یک دیدگاه مشهور وجود دارد که بر اساس آن جنسیت در قصاص تأثیرگذار است و تعیین قصاص زن و مرد متفاوت است. به عبارتی اصل وجود تفاوت قصاص زن و مرد در اعضا و جراحات بین فقهای امامیه اتفاق نظر وجود دارد، اما در حد برابری آن با یکدیگر اختلاف دارند. در بین فقها، ابن ادریس حلی در السرائر (حلی، ۱۴۱۱، ج ۳: ۳۸۹) و شیخ طوسی در النهایه (طوسی، بی تا: ۷۶۸) قائل به گذشتن از یک‌سوم هستند؛ یعنی اگر دیه عضو یا جراحت از یک‌سوم دیه کامل مرد گذشت، دیه زن نصف مرد خواهد بود و سایر فقها قائل به رسیدن به یک‌سوم هستند؛ یعنی تا زمانی که دیه عضو یا جراحت به یک‌سوم نرسید؛ زن و مرد با هم مساوی بوده، اما اگر به یک‌سوم رسیده باشد، دیه زن نصف مرد خواهد بود (موسوی خمینی، ۱۴۰۴: ۵۹۶)، اما دیدگاه غیر مشهور معتقد به برداشت دیگری است و جنسیت را در قصاص تأثیرگذار نمی‌داند. این موضوع از این جهت اهمیت دارد که این بحث در وضعیت افراد خنثی بسیار تأثیرگذار است و لازم است جنسیت غالب این افراد تعیین و در نهایت حکم قصاص در خصوص آنها صادر شود.

۲-۱. دیدگاه مشهور فقها

مهم‌ترین استدلال دیدگاه مشهور بر اساس استناد به آیه^۱ ۱۷۸ سوره بقره می‌باشد. این آیه اشعار می‌دارد: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید درباره کشتگان بر شما حق قصاص مقرر شده آزاد عوض آزاد و بنده عوض بنده و زن عوض زن و هر کس که از جانب برادر دینی‌اش، یعنی ولی مقتول چیزی [از حق قصاص] به او گذشت شود باید از گذشت ولی مقتول به طور پسندیده پیروی کند و با رعایت {احسان} خون‌بها را به او بپردازد این [حکم] تخفیف و رحمتی از پروردگار شماست پس هر کس بعد از آن از اندازه درگذرد، وی را عذابی دردناک است.» بسیاری از فقها چنین استفاده می‌کنند که چون تصریح شده مرد آزاد در برابر مرد آزاد و زن در مقابل زن قصاص می‌شود، پس اگر مردی زن را کشت نمی‌توان او را قصاص نمود؛ زیرا منطوق آیه دلالتی بر این امر ندارد و از سوی دیگر جان زن با جان مرد برابر نیست. بلکه جان زن مقابل نصف جان مرد است. بنابراین اگر بخواهیم جان کامل را در برابر جان ناقص بگیریم باید مابه‌التفاوت آن را بپردازیم و لذا در صورت قصاص مرد، باید نصف دیه پرداخت شود (طبرسی، ۱۴۰۸: ۴۷۹). برخی دیگر بیان داشته‌اند که با توجه به آیه در مقام قصاص زن در مقابل مرد باید بیان داشت که وقتی که زن را می‌توان به خاطر قتل فرد نظیر خود قصاص نمود، به طریق اولی وقتی فردی اشرف‌تر از خود را بکشد می‌توان او را قصاص نمود (فاضل مقداد، ۱۳۱۱ ق: ۳۹۸).

دلیل دیگری که فقهای شیعه برای پرداخت فاضل دیه توسط اولیای دم زن آورده‌اند، اجماع می‌باشد. در مباحث فقهی، فقهای امامیه به اجماع و اتفاق معتقدند که در صورتی مرد به لحاظ کشتن زن قصاص می‌شود که قبلاً نصف دیه مرد از سوی اولیای مقتوله پرداخت شده باشد (حر العاملی، ۱۴۱۷: باب اول از ابواب دیه اعضاء). شیخ طوسی در کتاب الخلاف مشروط بودن قصاص مرد در برابر زن به پرداخت فاضل دیه را امری اجماعی دانسته و می‌گوید: «مرد در برابر زن کشته می‌شود مشروط به آنکه بستگان زن افزونی دیه را که پنج‌هزار درهم است برگردانند. عطا ملک جوینی نیز همین را گفته است، البته با این تفاوت که او افزونی دیه را شش هزار درهم گفته است (جوینی، ۱۳۹۴: ۱۷) و این مطلب از حسن بصری از علی (علیه‌السلام) روایت شده است. ... دلیل ما بر آنچه بیان شد، اجماع طایفه شیعه و روایت‌های آنان است. همچنین این سخن خداوند متعال زن در برابر زن دلالت دارد که مرد در برابر زن کشته نمی‌شود.» (شیخ طوسی، ۱۴۱۷: ۱۴۵) به گفته شیخ محمدحسن نجفی: «اگر مرد آزادی، مرد آزاد دیگری را به قتل برساند، قصاص می‌شود. بر این موضوع، کتاب، سنت و اجماع دلالت دارند. بلکه می‌توان گفت: این موضوع به حکم ضرورت ثابت است. همچنین اگر مرد آزادی زن آزادی را به قتل برساند،

۱. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِغَيْرِ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ

قصاص می‌شود، البته با پرداخت نصف دیه مرد. در این موضوع هیچ اختلافی وجود ندارد، بلکه هر دو نوع اجماع (محصل و محکی) در اینجا اقامه شده است. به علاوه، نصوص مستفیض و یا متواتری که پیش از این به بعضی از آن‌ها اشاره شد، بر این موضوع دلالت دارند.» (نجفی، ۱۳۶۷: ۸۲).

۲-۲. دیدگاه غیر مشهور فقها

برخی از فقها نظیر حلی ابن ادریس معتقدند که از آیه ۱۷۸ سوره بقره نمی‌توان تفاوت میان زن و مرد در قصاص را برداشت کرد. بدین صورت که: «این سخن خدای تعالی: (و زن در مقابل زن) دلالت بر این ندارد که مرد در برابر زن کشته نمی‌شود» (حلی، ۱۴۱۰: ۳۰۹). از این منظر، همان‌گونه که از مفاد آیه ۴۵ سوره مائده مستفاد می‌گردد؛ به طور مطلق قصاص نفس در برابر نفس و هر یک از اعضا در برابر همان عضو بیان گردیده و قیدی در باب زن یا مرد بودن و تفریق جنسیتی به چشم نمی‌خورد.

از این منظر، کسانی که چنین سوء برداشتی از آیه ۱۷۸ سوره بقره دارند، تفاوت ذاتی ارزش بین زن و مرد را مسلم دانسته‌اند و متفاوت بودن حکم قصاص و برخی احکام دیگر همچون نصف بودن دیه زن و وضعیت شهادت او و... را نیز بر همین معیار می‌سنجند که البته چنین رویکردی به وضوح بعید می‌نماید همچنان که ابن قدامه در کتاب المغنی می‌فرماید: زن و مرد دو شخص هستند که هر کدام دیگری را قذف کند بر او حد جاری می‌شود؛ بنابراین هر کدام دیگری را به قتل رساند باید قصاص شود بدون اینکه لازم باشد چیزی پرداخت گردد (ابن قدامه، بی‌تا: ۶۷۹). به هر حال باید در نظر داشت که با توجه به بیان تساوی در آیه ۴۵ سوره مائده و بیان تفاوت در آیه ۱۷۸ سوره بقره (با پذیرفتن تفسیر بعید و ناصواب) حال سؤال این است که باید به کدام یک از این آیات تمسک جست و کدام قابلیت اجرایی دارد. در مقام حل این تعارض عده‌ای به این عقیده‌اند که آیه ۴۵ سوره مائده با آیه ۱۷۸ سوره بقره نسخ گردیده است و در این مقام به حدیث امام علی (ع) (حر عاملی، ۱۴۱۷: ۸۶) استناد می‌جویند که ایشان فرموده‌اند: سوره مائده حکم قصاص را در تورات بیان می‌کند که مرد و زن و بنده و آزاد در قصاص مساوی بودند، ولی خداوند حکم مقرر در تورات را با آیه ۱۷۸ سوره بقره که آزاد در مقابل آزاد و برده در مقابل برده و زن در مقابل زن قرار داده نسخ نموده است (نجفی، ۱۳۶۳، ج ۴۲: ۸۴) در مقام پاسخگویی به این نظریه اولاً باید بیان داشت که چنین مقررهای بیشتر در مقام جلوگیری از زیاده‌روی و افراط در قصاص بوده است و این آیه تفسیری را که دلالت بر تفاوت جنسیتی نماید بر نمی‌تابد، ثانیاً به گفته مفسرین مائده آخرین سوره مفصلی بوده که بر پیامبر نازل شده و ناسخ هست، ولی به دلالت عقل مؤخر

نمی‌تواند منسوخ به وسیله مقدم باشد (طباطبائی، ۱۳۷۶ق: ۱۶۷) و بنابراین استدلال است که برخی آیه ۴۵ مائده را ناسخ آیه ۱۷۸ سوره بقره دانسته و معتقد به تساوی در قصاص‌اند.

بر خلاف نظر قائلان به مفهوم مخالف این آیه، باید این نکته را مد نظر قرار دهیم که اگر مرد در مقابل زن قصاص نشود باید زن هم در مقابل مرد قصاص نشود که مشهور به چنین چیزی اعتقاد ندارد. همچنین اینکه خداوند متعال می‌فرماید زن در مقابل کشتن زن به قتل می‌رسد، مانع از آن نیست که مرد در برابر کشتن زن به قتل برسد؛ زیرا تعلق حکمی به موردی خاص اقتضای نفی حکم از غیر آن مورد خاص را ندارد. مضافاً اینکه آیه فوق بر این مطلب اشاره دارد که قصاص تنها باید بر قاتل اجرا گردد و نه دیگری، به‌طور مثال، اگر انسان آزادی انسان عبدی را کشت خود او باید قصاص شود نه برده وی؛ با این توجیه که گفته شود قاتل از مقتول برتر است و باید برده قاتل که در رتبه اجتماعی مقتول است به جایش قصاص شود. لازم به ذکر است این تفسیر با شأن نزول آیه نیز سازگار است. شأن نزول این آیه در تفسیر مجمع‌البیان این‌گونه بیان شده است: «این آیه درباره دو قبیله از عرب نازل شد که یکی را بر دیگری برتری بود. آنان زن‌های طایفه خود را بدون مهریه به ازدواج درمی‌آوردند. این قبیله سوگند یاد کردند که اگر برده‌ای از ما کشته شود، در برابرش آزادی از آنان را می‌کشیم، در برابر زنی از قبیله ما مردی از آنان را می‌کشیم و در برابر مردی از قبیله ما دو مرد از آنان را می‌کشیم... تا اینکه خداوند این آیه را نازل کرد» (الطبرسی، ۱۳۷۹: ۲۶۴). همچنین اگر قائل به مفهوم مخالف نداشتن آیه باشیم باید به شأن نزول آیه رجوع کرد که از شأن نزول این آیه نیز نمی‌توان عدم برابری زن و مرد را در قصاص استنباط کرد.

از طرفی اگر در مباحث قرآنی به دنبال آیات مرتبط با قصاص که به عنوان مبانی احکام فقها نمود یافته‌اند بگردیم، نخست باید نظری بر سوره اسراء که سوره‌های مکی بوده و حکم تفصیلی و مشخصی ندارد و آیه ۳۳ آن بیندازیم: «نفسی را که خداوند حرام کرده است جز به حق مکشید و هر کس مظلوم کشته شود به سرپرست وی قدرتی داده‌ایم پس [او] نباید در قتل زیاده‌روی کند زیرا او از طرف شرع یاری شده است.» همان‌گونه که مشخص است در این آیه در مرحله اول به حرمت قتل نفس اشاره گردیده و در مرحله دوم، حق قصاص به رسمیت شناخته شده است و در مرحله سوم از زیاده‌روی در قتل در مقام انتقام‌گیری که رویه معمول اعراب بادیه‌نشین و بدوی آن عصر بوده است، منع گردیده است که البته ذکر این آیه در اینجای بحث به خاطر مسئله زیاده‌روی در قصاص بود.

نکته دیگری که باید بیان داشت این است که اکثر روایات در باب پرداخت تفاضل دیه در باب قصاص، از امام باقر و امام صادق (ع) بیان شده (حر عاملی، ۱۴۱۷: ۶۳-۵۹)، اما باید بیان داشت که اکثر این روایات شاید از باب اقتضای زمان بوده و از طرفی بعید نیست که از باب تقیه بوده باشد؛

۱. وَكَأْتَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مُنْصُورًا.

چرا که بیان روایتی مخالف نص صریح قرآن از زبان معصوم (ع) بعید می‌نماید. در تفصیل باید بیان داشت که آیه ۴۵ سوره مائده به صراحت می‌گوید: «جان در برابر جان گرفته می‌شود.» به روشنی و بدون هیچ‌گونه تفسیری دلالت بر تساوی در قصاص دارد و نمی‌توان اولیای زن را ملزم به تأدیة تفاضل دیه کرد؛ چراکه این امر مخالف آیه قرآنی است و علاوه بر آن قائل شدن تفاوت در امر قصاص بین زن و مرد بدون تردید ظلمی آشکار به زن و تحقیر ارزش وجودی اوست و چون روایات مزبور مخالف قرآن است، هرچند از لحاظ سند هم ضعیف نباشد، نمی‌تواند مورد استناد قرار گیرد و باید بر مبنای دلالت روشن آیات قرآنی به ویژه آیه ۴۵ سوره مائده قائل به عدم تفاوت در امر قصاص در قتل عمد بین زن و مرد شد (صانعی، ۱۳۸۶: ۱۶۴).

ایراد اساسی این احادیث مخالفت با کتاب و عقل است و باید آنها را کنار گذاشت. در مخالفت این روایات با قرآن ایشان معتقدند که: «اگر مردی زنش را بکشد و اولیای زن بخواهند مرد را بکشند باید نصف دیه را به مرد بدهند تا او کشته و قصاص شود، اما عکسش یعنی اگر زنی مردی را کشت زن را قصاص می‌کنیم و چیزی هم به او نمی‌دهیم را ظلم می‌دانم. برداشت من این است و در برداشت خود معذورم و آن تبعیض را ظلم می‌دانم و این روایات هرچقدر هم زیاد باشد نمی‌تواند کارگشا باشد. پس ضابطه این است که روایت خلاف قرآن، صدق و عدلا معتبر نیست و بنده این روایات را با آیاتی که می‌فرماید: قوانین اسلام عدل است و اصل عدل، مسلم است که جزء اصول دین است نه فروع دین، مطابقت کرده‌ام و دیده‌ام که با آن نمی‌خواند. به نظر بنده این عدل نیست ظلم است و توده مردم و عرف هم این ظلم را می‌دانند.» (صانعی، ۱۳۸۳: ۵۹). دیدگاه غیر مشهور دلیل اجماع را نیز رد می‌کند. بر این اساس، در مسائل اجتهادی که ادله آن بیان شده و نیز مختلف است جایی برای استدلال به اجماع نیست و اجماع در جایی دلیل شمرده می‌شود که مدرکی از قرآن و سنت در دست نباشد (همان: ۶۳).

با این حال برخی از طرفداران دیدگاه مشهور ایراد گرفته‌اند این سخن قابل پذیرش نیست که تفاوتی در قصاص میان زن و مرد نیست: «زیرا در صورتی می‌توان آن را پذیرفت که ثابت شود تفاوت زن و مرد در دیه و قصاص ظلم است؛ چرا که این دو در شخصیت انسانی با هم برابرند، در نتیجه این دو باید از حقوق یکسان برخوردار باشند، ولی آیا منشأ دیه و قصاص حقیقت انسانی است تا نتیجه گرفته شود که زن و مرد در حقیقت برابرند یا ممکن است امور دیگری همچون ساختار اقتصادی منشأ دیه باشد، به این معنا که چون نقش اقتصادی مرد بیش از نقش اقتصادی زن است دیه و قصاص زن و مرد نیز متفاوت باشد.» (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۲: ۴۷). در پاسخ باید گفت که این ایراد مبنای دینی و علمی ندارد؛ زیرا این حکم در مورد کودکان خردسال، پیرمردها، مردهای زمین‌گیر و... که اقتصاد خانواده به آنها وابسته نیست صادق است. در حالی که این توجیه شامل این موارد نمی‌شود. همچنین، اصلاً بحث دیه بر پایه نان‌آوری نیست تا ما عدل را با آن

مقایسه کنیم. بحث دیه خون‌بهاست که قبل از اسلام هم مطرح بوده است. اینکه در یک جرم واحد یکجا باید پول بدهند تا بکشند، ولی یکجا می‌توانند بکشند بدون آنکه پول بدهند این خلاف «النفس بالنفس»، خلاف عدل و خلاف آیات نفی ظلم است. نه تنها این روایات مخالف آیات نفی ظلم، بلکه با آیات قصاص نیز منافات دارد (بقره، ۱۷۹). این آیات دلالت بر مقابله به مثل دارند، در حالی که اگر ما معتقد به پرداخت فاضل دیه از سوی اولیای دم زن باشیم مقابله به مثل نخواهد بود.

۳. قصاص افراد خنثی در فقه

همان‌گونه پیش‌تر اشاره شد افراد خنثی به دو دسته خنثی مشکل و غیر مشکل قابل تقسیم‌بندی است. لذا بحث قصاص در خصوص افراد خنثی به تبعیت از این تقسیم‌بندی در مبحث حاضر بررسی می‌شود. البته لازم به ذکر است که افراد خنثی مشکل به صورت جداگانه چندان مورد توجه قرار نگرفته و لذا بحث مفصلی در فقه در خصوص قصاص این افراد مطرح نیست. در کل بحث افراد خنثی عموماً به صورت کلی و ذیل مبحث ارث در کتب فقهی مورد اشاره قرار گرفته و راهکارهایی برای تعیین جنسیت غالب این افراد مطرح شده که در ادامه بررسی می‌شود.

۳-۱. قصاص افراد خنثی مشکل در فقه

برخی فقها استنباط حکم خنثی را یکی از مشکل‌ترین مسائل می‌دانسته‌اند (اخطب خوارزم، ۱۴۰۱: ۷۹؛ سرخسی، ۱۴۰۶: ۱۰۴). در خصوص قصاص نفس اگر مردی، خنثی مشکل را بکشد، اولیای مقتول پس از بازگرداندن یک‌چهارم دیه به اولیای قاتل می‌توانند او را قصاص کنند؛ چنان‌که اگر خنثی مشکل، زنی را بکشد اولیای زن پس از رد یک‌چهارم دیه به اولیای خنثی مشکل، می‌توانند او را قصاص کنند؛ لیک اگر هر دو طرف خنثی باشند قاتل، بدون هیچ‌گونه ردی قصاص می‌شود (فاضل هندی، ۱۲۷۱: ۲۵۹).

اگر دو خنثای مشکل در قتل یک مرد مشارکت کنند، هر دو کشته می‌شوند در صورتی که ولی دم بخواهد، همان‌گونه که دو مرد یا دو زنی که در قتل یک نفر مشارکت داشته‌اند، کشته می‌شوند (نیمی از دیه یک مرد به آنها رد می‌شود تا آن را به‌طور مساوی میان خود تقسیم کنند). چون دیه هر یک از آنان نصف دیه مرد و نصف دیه زن است که در مجموع سه‌چهارم دیه مرد می‌شود و بنابراین مقدار زائد بر جنایت هر یک نسبت به دیه خویش، یک‌چهارم دیه مرد است. ولی اگر خون قتل یکی از آن دو را مطالبه کند، یک‌چهارم دیه مرد را که یک‌سوم دیه خنثی می‌شود، به او رد می‌کند و خنثایی که قصاص نشده نصف دیه مرد را برمی‌گرداند. در نتیجه یک‌چهارم دیه مرد برای ولی باقی می‌ماند (شهید ثانی، بی تا: ۸۸-۸۷).

در خصوص دیات افراد خنثی مشکل، دیه قتل خنثی بنا بر تصریح برخی نصف دیه هر یک از مرد و زن است که سه چهارم دیه کامل می‌شود و دیه جراحت‌ها و اعضا تا سقف یک سوم دیه کامل، همسان دیه مرد و در افزون بر آن، سه چهارم دیه مرد است (جعبی عاملی، منبع پیشین: ۱۸۹). در جنایتی که بر اثر آن محاسن مرد نروید، دیه کامل ثابت است؛ لیکن نسبت به خنثی تنها ارش ثابت است. همچنین در قطع آلت رجولیت خنثای مشکل و نیز خنثای غیر مشکل ملحق به زن ارش ثابت است. برخی قدما (حر عاملی، منبع پیشین: ۷۸) یک سوم دیه کامل و برخی دیگر دیه کامل را ثابت دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۶۳: ۱۸۰).

در خصوص قصاص عضو، اگر مردی یا خنثایی آلت تناسلی خنثایی را قطع کند قصاص نمی‌شود؛ لیکن اگر خنثی غیر مشکل و محلق به مرد باشد، در جنایت بر آلت مردانه و بیضه وی قصاص و آلت زنانه‌اش ارش ثابت است و اگر جانی زن باشد در جنایت بر آلت رجولیت دیه و بر آلت انوئیت، ارش ثابت خواهد بود و اگر خنثای غیر مشکلی که بر او وارد شده ملحق به زن باشد، بر جانی مرد قصاص نیست و در جنایت بر آلت انوئیت، دیه و بر آلت رجولیت، ارش ثابت است، لیکن اگر جانی زن باشد در جنایت بر آلت انوئیت قصاص می‌شود و در جنایت بر آلت رجولیت ارش ثابت است (همان: ۳۷۹-۳۷۸).

از موارد ارش و پرداخت آن این است که اگر عضوی که جنایت روی آن انجام گرفته و از بین رفته و دوباره بهبود یابد مانند آنکه دندان شکسته شده، رشد کند یا موهای زایل شده سرو محاسن دوباره برویند، ارش آن باید پرداخت گردد (شهید ثانی، بی تا: ۸۸-۸۷).

در مجموع کشتن عمدی مستوجب قصاص نفس می‌باشد. حتی اگر چه مقتول زن باشد به طریق اولی کشتن عمدی خنثای مشکل نیز موجب ثبوت قصاص است، اگر مردی، خنثایی را بکشد اولیای مقتول پس از برگرداندن یک چهارم دیه مرد به اولیای قاتل می‌توانند او را قصاص کنند، زن در برابر زن قصاص می‌شود و به طریق اولی زن در برابر خنثی قصاص می‌گردد و چیزی به اولیای خنثی رد نمی‌شود و نیز آنجا که خنثی در برابر مرد قصاص می‌گردد و چیزی به اولیای مرد رد نمی‌شود، لیکن اگر دو طرف خنثی باشند قاتل بدون هیچ گونه ردی قصاص می‌شود. (شیروانی، ۱۳۷۹: ۴۶). پس اختلاف جنسیت قاتل و مقتول قصاص را منتفی نمی‌سازد به طور مثال اگر دو زن در کشتن یک مرد با هم مشارکت کنند، هر دو کشته می‌شوند و چیزی به آنها رد نمی‌شود؛ زیرا زیاده‌ای بر آن دو از دیه مرد نیست و به دیگر سخن، دیه آنان زائد بر سهمی که در جنایت دارند، نیست چون دیه دو زن با دیه یک مرد برابر است. ولی دم می‌تواند یکی از آن زنان را بکشد که در این صورت زن دیگر آن مقدار از دیه مقتول را که سهم جنایت اوست، می‌پردازد و آن برابر است با دیه کامل یک زن و چیزی برای زنی که قصاص شده نخواهد بود.

۲-۳. قصاص افراد خنثی غیر مشکل (واضح) در فقه

نکته مهم در خصوص قصاص افراد خنثی بحث تعیین هویت جنس غالب است. لذا بررسی معیارهای موجود در این خصوص از اهمیت و ضرورت بالایی برخوردار است. بدیهی است بعد از تشخیص جنس غالب، وضعیت قصاص مشخص می‌شود؛ زیرا فقه و قانون‌گذار به وضوح مجازات زن و مرد جانی را مشخص کرده است. لذا در این مبحث تأکید عمده بر معیار و روش تعیین جنس افراد خنثی غیر مشکل (واضح) در فقه است.

همان‌طوری که اشاره شد خنثای واضح خنثایی است که مرد بودن یا زن بودن او با استناد به اموری چون آمارات شرعی یا نشانه‌های مخصوص زنان و مردان معلوم شود. چنین فردی پس از تعیین جنسیت و الحاق به جنس مذکر یا مؤنث، مشمول احکام همان جنس می‌شود و آلت تناسلی نامربوط به جنسیت تعیین شده، حکم عضوی زائد را در بدن او می‌یابد (ابن قدامه، بی تا: ۱۱۴؛ خطاب، ۱۴۱۶: ۶۱۰؛ طباطبائی، ۱۴۱۲: ۶۴۲؛ نراقی، ۱۴۲۰: ۴۴۱). به تصریح برخی فقها اطلاق خنثی بر خنثای واضح از باب مجاز بوده و مصداق واقعی خنثی همان خنثای مشکل است (نووی، بی تا: ۵۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۴۲-۲۴۱). توضیح اینکه از منظر فقهی وصف مشکل برای خنثی غالباً وصفی توضیحی است، نه قیدی احترازی و موضوع بحث فقها در مقام استنباط احکام خنثی در ابواب مختلف، تقریباً همیشه خنثای مشکل است. به بیان دیگر تقسیم‌بندی مذکور صرفاً به لحاظ افراد و مصداق خنثی نیست، بلکه به لحاظ مراحل فرایند تعیین مصداق است.

مسئله اصلی فقیهان امامی و اهل سنت درباره خنثی آن است که آیا خنثی در واقع یکی از افراد جنس مذکر یا مؤنث است یا یک جنس سوم به شمار می‌رود. بیشتر آنان با استناد به آیاتی از قرآن کریم (نساء، ۱۱؛ غافر، ۴۰؛ شوری، ۴۹؛ نجم، ۴۵) انسان را منحصر به دو جنس مرد و زن دانسته و بر آنند که جنس سوم وجود ندارد؛ بنابراین خنثی، به رغم ابهام در جنسیت او، در واقع یا مرد است یا زن (جصاص، ۱۴۱۵: ۵۵۱؛ سرخسی، ۱۴۰۶: ۹۱؛ حلی، ۱۴۱۰: ۲۸۱-۲۸۰؛ نجفی، منبع پیشین: ۲۷۸-۲۷۷؛ مالکی، ۱۴۰۸: ۹۹-۹۸؛ صدر، ۱۴۲۷: ۲۲۳-۲۲۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸-۱۴۱۷: ۴۱۳۸).

بر پایه این نظر مشهور که خنثی در واقع یا مرد است یا زن، تعیین جنسیت خنثی در اسرع وقت اهمیت دارد؛ زیرا باقی ماندن در ابهام جنسیتی از یک سو به بلا تکلیفی خنثی در چگونگی امثال تکالیف و الزامات و حتی احکام غیر الزامی شرعی که در آنها میان زن و مرد تفاوت وجود دارد، می‌انجامد و از سوی دیگر مانع تعیین تکلیف وضعیت قصاص می‌شود. خنثایی که در پرتو علائم تعیین شده در شرع و یا بنا بر قول برخی قراین و مرجحات دیگر به یکی از دو زن یا مرد ملحق می‌گردد، محکوم به احکام همان جنس است (خمینی، منبع پیشین: ۳۹۹؛ طباطبائی ۱۴۱۸: ۶۴۲). بر این اساس معیار تعیین جنسیت خنثی اهمیت پیدا می‌کند که در فقه عبارت است از:

الف. محل خروج ادرار

در منابع فقهی برای تعیین جنسیت خنثی، راهکارهایی ذکر شده که برخی از آنها مستند به روایات است (آمارات یا مرجحات منصوص). مهم‌ترین اماره منصوص که فقهای امامی و اهل سنت درباره آن اتفاق نظر دارند، محل خروج ادرار است که در احادیث مطرح شده (بیهقی، منبع پیشین: ۲۶۱؛ حرعاملی، منبع پیشین: ۲۹۰-۲۸۳) و بر پایه آن جنسیت خنثی تابع عورتی است که ادرار دائماً یا غالباً از آن خارج می‌شود. احکام حالت‌های مختلف در این اماره، در منابع فقهی بیان شده است و در احکام فرعی‌تر اختلاف نظرهایی دیده می‌شود (حلی، ۱۴۱۰: ۲۷۷؛ نراقی، منبع پیشین: ۴۴۰-۴۴۶؛ نجفی، ۱۳۶۳: ۲۸۰-۲۷۸؛ سرخسی، منبع پیشین: ۱۰۴-۱۰۳؛ ابن قدامه، بی‌تا: ۱۱۵-۱۳؛ نووی، بی‌تا: ۴۷؛ خطاب، ۱۴۱۶: ۶۲۰-۶۱۸). چگونگی کاربرد این راهکار نیز در احادیث بیان شده است (حرعاملی، منبع پیشین: ۲۹۱-۲۹۰). نخستین بار در دوران جاهلیت برای تعیین جنسیت شخصی خنثی، از این آماره استفاده شد (صنعانی، ۱۴۰۳: ۳۰۹-۳۰۸؛ ابن هشام، ۱۳۸۳: ۸۰-۷۹).

بر اساس فقه شیعه، خنثی بر اساس آلتی که بول از آن خارج می‌شود، ارث می‌برد؛ یعنی اگر بول از هر دو آلت خارج می‌شود بر اساس آلتی که بول، ابتدا از آن خارج می‌شود، ارث می‌برد و به عبارتی به ذکوریت یا انوئیتی که لازمه آن است ملحق می‌شود؛ بنابراین اگر بول خنثی، ابتدا از آلت مردانه خارج شود، حکم مذکر در مورد او جاری است و اگر ابتدا از آلت زنانه خارج شود، حکم مؤنث بر او مترتب می‌شود؛ چه بول از هر دو آلت با هم قطع شود یا از یکی زودتر قطع شود و خواه بولی که از آلت سابق بیرون آمده، بیش از بولی باشد که از آلت متأخر خارج می‌شود یا کمتر از آن باشد، بنابر قول مشهورتر (شهید ثانی، بی‌تا: ۱۹۱) در بین فقهای متقدم، محل خروج ادرار از معیارها تعیین جنسیت غالب افراد خنثی است.

ب. قید قرعه

برخی از فقها با استناد به قاعده قرعه (القرعة إكل امر مشکل / امر مشتبہ)، قرعه را تعیین‌کننده جنسیت خنثی شمرده‌اند (حرعاملی، منبع پیشین: ۴۹). از این روش برای تعیین جنسیت غالب خنثی مشکل برای تعیین ارث پیشنهاد شده است. بر این اساس، خنثی مشکل بر اساس قرعه ارث می‌برد؛ یعنی اگر قرعه به مذکر بودن او خارج شد، ارث مذکر را می‌برد و اگر به مؤنث بودن او خارج شد ارث مؤنث را می‌برد؛ زیرا قرعه در موارد مشکل کاربرد دارد و مخصوص هر امر مشتبہ و نامعلومی است. مشهور میان اصحاب این است که در این هنگام نیمی از سهم مرد و نیمی از سهم زن را ارث می‌برد (شهید ثانی، منبع پیشین: ۱۹۳).

ج. شمردن دنده‌ها

گروهی دیگر از فقهای امامی معیار تعیین جنسیت را شمارش دنده‌های بدن خنثی-به عنوان امارهای منصوص- دانسته‌اند که مستند به قضاوتی از امام علی علیه‌السلام است (طباطبائی، ۱۴۱۸: ۶۴۹-۶۴۵؛ نراقی، ۱۴۲۰: ۴۵۰-۴۴۶؛ نجفی، ۱۳۶۳: ۲۸۶-۲۸۱) به تصریح برخی فقهای امامی (سبزواری، ۱۴۱۶-۱۴۱۳: ۲۵۴۲۵۳؛ اراکی، ۱۴۱۳: ۲۴۳-۲۴۱).

بنا بر گفته برخی از فقها دنده‌های او شمرده می‌شود، بنابراین اگر هجده دنده داشت، مؤنث است و اگر هفده دنده داشت (نه دنده در طرف راست و هشت دنده در طرف چپ، مذکر است). همچنین اگر تعداد دنده‌های طرف راست و چپ او برابر و مساوی بودند، اما در طرف چپ یکی از دنده‌ها کوچک و ناقص بود مذکر است.

دلیل این قول روایتی است که از حضرت علی (ع) حکایت شده که ایشان بر اساس شمارش دنده‌ها حکم کرده و در تعلیل آن چنین فرموده است: (حر عاملی، منبع پیشین: ۵۷۶-۵۷۵) حوا از دنده آدم خارج شده است - هرچند عددی که در این روایت برای دنده‌ها ذکر شده متفاوت است و اینکه شخص خنثی یا در واقع و ذاتاً مذکر است یا مؤنث، یعنی طبیعت و جنس سومی وجود ندارد، به دلیل حصری که در آیه شریفه زیر وجود دارد: (یهب لمن یشاء إناثا ویهب لمن یشاء الذکور)(شوری، ۴۹) (به هر که بخواهد، دختر عنایت می‌کند و به هر که بخواهد پسر) به نظر می‌رسد سند روایتی که به آن تمسک شده ضعیف است و حصری که در مورد آیه شریفه نیز ادعا کرده‌اند قابل پذیرش نیست و ممکن است حصر در آیه با توجه به اغلیت موارد باشد؛ زیرا خنثی نادر است و در غالب موارد کودکی که خداوند متعال به پدر و مادر می‌بخشد یا پسر است یا دختر. در مجموع چنانچه در خنثی اوصاف بیان شده وجود داشت، همه احکام کسی که خنثی بر او ملحق می‌شود بر او مترتب می‌شود؛ یعنی اگر خنثی ملحق به مرد شد همه احکام مرد بر او مترتب می‌شود و اگر خنثی ملحق به زن شد همه احکام زن از جمله قصاص بر او مترتب می‌شود. همان‌گونه که قبلاً بیان کردیم این خنثی را خنثی واضح می‌گویند؛ زیرا الحاقش به یکی از زن و مرد ممکن است.

د. نظریه‌های نوین پزشکی

به نظر برخی از فقها، چنانچه با یافته‌های نوین پزشکی علم به جنسیت خنثی حاصل شود، بر اماراتی مذکور مقدم خواهد بود (سیستانی، ۱۴۱۶-۱۴۱۴: ۳۵۹). در علم نوین پزشکی کاربرد تعبیر دوجنسی برای کسانی که نشانه‌های مرد بودن و زن بودن را توأمان دارند، رایج است. دوجنسی‌ها در عام‌ترین تقسیم دوجنسی‌های حقیقی (واقعی) و دوجنسی‌های کاذب‌اند. دوجنسی‌های حقیقی هم بیضه دارند و هم تخمدان. وجود هم‌زمان غدد جنسی مردانه و زنانه در بدن و ترشح هورمون‌ها از آنها سبب بروز هم‌زمان نشانه‌های مردانگی و زنانگی در شخص می‌شود؛ زیرا صفات ثانویه

جنسی، مانند رویدن موی در صورت مردان با رشد برخی از اندام‌ها در زنان، متأثر از هورمون‌های جنسی ترشح شده از این غدد است. آلت تناسلی نیز در دو جنسی‌های حقیقی گاه مردانه و گاه زنانه است. در مقابل، دو جنسه‌ای کاذب مردانی با ظاهر کاملاً زنانه یا زنانی با ظاهر کاملاً مردانه هستند. برای مثال ممکن است شخصی که از نظر نقشه ژنتیک مرد و دارای غدد جنسی مردانه است، به سبب اختلالات هورمونی و عملکرد نادرست غدد جنسی، دارای نشانه‌های جسمی و رفتاری زنان باشد (قضائی، ۱۳۶۶: ۵۶۸-۵۶۱). پزشکان برای تعیین جنسیت فردی که مرد یا زن بودنش معلوم نیست دو معیار در نظر می‌گیرند: شرایط جسمی (شامل نقشه ژنتیک فرد، وضع غدد جنسی و اندام تناسلی خارجی) و حالات روحی- روانی، یعنی رفتار و تمایلات درونی و جنسیتی که او خود پذیرفته است. ویژگی‌های یاد شده برای دو جنسی‌ها با تعریف مشهور خنثی در فقه تطبیق نمی‌کند؛ مگر اینکه مطابق رأی برخی فقها معیار خنثی بودن فرد، ابهام در هویت جنسیتی او باشد، نه فقط وجود توأمان دو آلت. شاید به همین علت است که در مطالعات فقهی- پزشکی یا در برخی استفتائاتی اخیر، دو جنسی‌های حقیقی معادل خنثای مشکل و دو جنسی‌های کاذب خنثای واضح به شمار رفته‌اند (خویی، ۱۴۲۳-۱۴۱۶: ۳۵۶؛ منتظری، ۱۳۸۱: ۱۱۴-۱۱۳). از منظر فقهی، انجام دادن عمل جراحی برای تبدیل خنثی (به معنای خاص فقهی) به جنس مرد یا زن جایز است (موسوی خمینی، ۱۳۷۸: ۵۶۷؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۱۷۰؛ خامنه‌ای، ۱۴۲۰: ۷۳). چنانچه پزشک به این نتیجه برسد که فرد خنثی مرد است یا زن و با عمل جراحی آلت تناسلی غیر اصلی (زائد) را قطع کند، این عمل جراحی در واقع اصلاح‌کننده جنسی است که از جنس مخالف هم نشانه‌هایی به همراه دارد، ته تغییردهنده آن؛ بنابراین آثار فقهی- حقوقی تغییر جنسیت (تبدیل هویت و جنسیت مرد یا زن) را در بر ندارد و برداشتن عضو زائد هم مصداق ایجاد نقص در بدن و ضرر رساندن به آن نیست. چنانچه پزشک به نتیجه قطعی نرسد و در مرد یا زن بودن خنثی مردد بماند ولی برای الحاق او به جنس مذکر یا مؤنث، یکی از دو آلت را از بدن جدا کند باز هم مصداق تغییر جنسیت نیست؛ زیرا ممکن است عضو قطع شده زائد یا اصلی بوده باشد و به سبب این شبهه موضوعی، صدق تغییر جنسیت یا ایجاد نقص در بدن، مستمسک نیست (مؤمن قمی، ۱۴۱۵: ۱۰۸-۱۰۷؛ خرازی، ۱۳۷۹: ۱۰۷-۱۰۴). چه بسا این جراحی برای معالجه خنثای مشکل و رها کردن او از تنگناهایی که برای ادای تکالیف شرعی خود با آنها روبه‌روست، ضروری باشد. از این‌رو برخی فقها (سبزواری، منبع پیشین: ۳۵۴) انجام دادن این جراحی را، به شرط قدرت داشتن مکلف و نبودن مانع، بر خنثی واجب دانسته‌اند.

در کل برای تعیین جنسیت غالب لازم است از علم پزشکی کمک جست. هر نوزادی در بدو تولد امکان دارد با اختلالات جسمانی پا به عرصه دنیا گذارد. نارسایی قلب، دستگاه گوارش، بینایی و سایر نارسایی‌ها، ممکن است از لحظه تولد همراه نوزاد باشد و گاهی این مشکلات (در

حین تولد) مربوط به دستگاه تناسلی بوده و البته نوعی بیماری که بروز آن می‌تواند اختلالاتی را برای نوزاد به همراه داشته باشد. فرض کنیم نوزادی با جنسیت دختر، دارای آلت تناسلی مذکر یا کودک پسری که اختلالات هورمونی در زمان رشد جنین باعث شده اندام‌های تناسلی او شبیه جنس مخالف شود.

درواقع راه حل ساده برای این موضوع را می‌توان نگاه به علم ژنتیک و بررسی کروموزوم‌های نوزاد دانست. هر انسانی به‌طور طبیعی دارای ۴۶ کروموزوم است؛ اما وجه تمایز مرد و زن در آخرین جفت کروموزوم‌ها (معروف به کروموزوم‌های جنسی) است. به این ترتیب که کروموزوم جنسی زن هر دو از نوع XX و کروموزوم‌های جنسی مرد از نوع Y است؛ بنابراین جنسیت واقعی یک نوزاد با بررسی کروموزوم‌هایش مشخص می‌شود و به‌عبارت دیگر در ابهام‌های جنسی (دوجنسه‌ها) گاهی فرد مذکر است، هرچند که اندام تناسلی زنانه در او رشد کرده باشد و از لحاظ قانونی جنسیت وی مرد تعیین شود و این نوزاد در ادامه زندگی با انجام اقدامات پزشکی تحت درمان قرار می‌گیرد. عکس این موضوع نیز ممکن است در مورد زنان اتفاق بیفتد. بر این اساس مشکلاتی از قبیل تکلیف حقوقی این افراد در جامعه مطرح نیست و هیچ‌کدام از این افراد دارای شناسنامه با جنس مرکب نیستند.

برخی از افراد از بدو تولد از نظر جسمانی سالم و کاملاً طبیعی هستند. این افراد هیچ نوع اختلالی از نظر جسمانی ندارند؛ اما زمانی که به سنین ۳ یا ۴ سالگی می‌رسند رفتارهایی از خود بروز می‌دهند که بیشتر در جنس مخالف دیده می‌شود. مثلاً کودکی که هنگام بازی، اسباب‌بازی خاص جنس مخالف را انتخاب می‌کند یا لباس‌های جنس مخالف را می‌پوشد می‌تواند نمونه‌ای از این مصادیق تلقی شود. زمانی که شخصی برای تغییر هویت اقدام می‌کند، تمام مراحل زندگی و گذشته وی توسط روان‌شناس پزشکی قانونی مورد بررسی قرار می‌گیرد. طفولیت فرد بررسی و در تحقیق از خانواده و محیط پیرامون شخص مورد نظر، اطلاعاتی کافی و وافی به‌دست می‌آید. این روند ماه‌ها به طول می‌انجامد تا شخص مذکور کاملاً از منحرفان جنسی متمایز شود. حتی مسائل یا عواقبی که امکان دارد گریبان فرد (از بعد حقوقی، اعتبار اجتماعی یا تحصیل و شغل) را بگیرد، به وی تفهیم می‌شود (ابراهیمی، ۱۳۹۱: ۹۶-۸۷). نهایتاً روان‌پزشک قانونی با شیوه‌های مختلف پی به تمایلات فرد می‌برد. نکته مهم این است که مشخص شود این تمایلات ناشی از انحرافات جنسی است یا ناشی از اختلال هویت جنسی که تمایل پایدار و شدید برای تعلق به جنس مخالف است. درواقع اگر فردی از نظر درونی و روانی، هویتی به غیر از جنسیت ظاهری خود داشته باشد، روان‌پزشک قانونی نیز به این موضوع پی ببرد، گواهی به تغییر هویت می‌دهد و سرانجام فرد مورد نظر با پیگیری‌های بعدی قضایی و با تأیید دادگاه اقدامات لازم را برای تغییر ظاهر و دریافت شناسنامه با هویت جدید به عمل می‌آورد.

بر اساس آنچه گفته شد دو حالت متصور است؛ چنانچه جنس غالب جانی، مذکر تشخیص داده شود، احکام قصاص مربوط به مرد در خصوص وی اجرا می‌شود و چنانچه مونت تشخیص داده شود، احکام موجود در خصوص زن در مورد وی به اجرا گذاشته می‌شود.

نتیجه گیری

دوجنسه‌ها در فقه تحت عنوان افراد خنثی مورد اشاره قرار گرفته‌اند. افراد خنثی در فقه به دو دسته افراد خنثی مشکل و غیر مشکل تقسیم‌بندی شده است. بر این اساس دیدگاه مشهور مبتنی بر تأثیر جنسیت بر قصاص است، لذا در خصوص افراد خنثی لازم است جنسیت غالب این افراد تعیین شود. در فقه در این خصوص معیارهایی تعیین شده است از جمله شمردن تعداد دنده‌ها و یا قرعه؛ اما با توجه به پیشرفت‌های پزشکی در این خصوص، با کمک روش نوین پزشکی می‌توان جنسیت غالب این افراد تعیین شود. با توجه به آنچه گفته شد و همچنین حسب مطالعات و بررسی‌هایی که در منابع فقهی، موضوع مسئولیت کیفری و از جمله قصاص اشخاصی که دوجنسی هستند، فاقد هرگونه سابقه تحقیق و مطالعاتی بوده به جز چند مورد که صرف اشاره‌ای گذرا و مبهم، آن هم بر اساس برخی اشارات فقهی مختصر در مباحثی مثل «ارث»، در این زمینه یعنی مسئولیت کیفری و قصاص اشخاص دارای اختلالات جنسیتی قلم نزنده است. از آنجایی که مهم‌ترین منبع قانون مجازات اسلامی ایران متون فقهی امامیه است، از این رو هیچ ماده‌ای از این قانون به مسئولیت کیفری این دسته از اشخاص که دارای دوجنسی هستند اشاره ننموده است. در حالی که «باب حدود» از مهم‌ترین ابواب، چه در فقه و چه در قوانین موضوعه می‌باشد و چون جرایم حدی مشمول سنگین‌ترین و شدیدترین مجازات‌ها با جمع شرایط وقوع آنها، هستند مواد تقریباً کثیری از قانون مجازات اسلامی و مباحث فقهی را به خود اختصاص داده‌اند. بدون آنکه اشاره‌ای به مسئولیت کیفری جرایم ارتكابی این دسته از اشخاص کرده باشد. نظر به مراتب یاد شده فوق پیشنهاد می‌گردد، قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی در این خصوص تعیین تکلیف نماید تا از برخی اختلافات و تضارب احتمالی آراء که از سوی محاکم صادر می‌شود، مسئولیت کیفری ایشان به صراحت مشخص گردد. اگرچه در موارد سکوت و شبهه می‌توان به برخی از اصول حقوقی (مانند اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها) یا قواعد فقهی (مانند تدرأ الحدود بالشبهات)، دست یازید و حکم به تبرعه یا خروج عمل ارتكاب از عنوان حدود صادر نمود؛ اما این کافی نیست.

فهرست منابع

- ابراهیمی، محمود؛ وکیلزاده رحیم (۱۳۹۱). نگاهی جرم‌شناختی به تأثیر تغییر جنسیت در کانون خانواده از منظر فقه و حقوق کیفری. *زن و مطالعات خانواده*، ۵(۱۸)، ۱۰۳-۸۳.

<https://www.sid.ir/fa/journal/ViewPaper.aspx?ID=224186>

- ابن قدامه، عبدالله ابن احمد (بی تا). *المغنی*. جلد ۷. عالم الکتب: بیروت.
- ابن ندیم (تهران)؛ ابن هشام (۱۳۸۳). *سیره النبی*. جلد ۱. چاپ محمد محیی‌الدین عبدالحمید.
- اخطرب خوارزم، موفق بن احمد (۱۴۰۱). *مناقب ابی حنیفه*: بیروت.
- اراکی، محمدعلی (۱۴۱۳). *رسالتان فی الارث و نفقه الزوجه*. مؤسسه در راه حق.
- بیهقی، احمد بن حسین (بی تا). *السنن الکبری*. جلد ۶. دارالفکر: بیروت.
- جزیری، عبدالرحمن (۱۴۰۶). *الفقه علی المذاهب الاربعه*. جلد ۵. دار احیا التراث العربی.
- جصاص، احمد بن علی (۱۴۱۵). *احکام القرآن*. جلد سوم. چاپ عبدالسلام محمدعلی شاهین: بیروت.
- جعبی عاملی، شهید زین‌الدین (۱۳۶۷). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*. جلد ۸. چاپ سوم. مرکز نشر دفتر تبلیغات اسلامی.

- جوینی، عطاملک (۱۳۹۴). *عطایه در فقه شیعه*. چاپ اول. نشر مورخ: قم.
- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۲). *ارزیابی تحولات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در باب قصاص و دیه‌ی زن*. *مطالعات راهبردی زنان*، ۱۵(۶۰)، ۷۲-۴۱.

<http://ensani.ir/file/download/article/20161206152100-9626-82.pdf>

- حر عاملی، شیخ محمد بن الحسن (۱۴۱۷). *وسائل الشیعه*. جلد ۲۶. مؤسسه آل بیت.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷-۱۴۱۸). *العناوین*. جلد یکم: قم.
- حلی، ابن ادریس (۱۴۱۰). *کتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. جلد سوم. مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.

- خامنه‌ای، علی (۱۴۲۰). *اجوبه الاستفتاءات*. جلد دوم. انقلاب اسلامی: بیروت.
- خرازی، محسن (۱۳۷۹). *تغییر جنسیت*. *فقه اهل بیت*، ۲۳، ۱۲۳-۱۰۴.

<https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/310260/%D8%AA%D8%BA%DB%8C%DB%8C%D8%B1-%D8%AC%D9%86%D8%B3%DB%8C%D8%AA>

- خطاب، محمد بن محمد (۱۴۱۶). *مواهب الجلیل لشرح مختصر خلیل*. جلد ۸. چاپ زکریا عمیرات.
- خطیب شریینی، محمد بن احمد (۱۳۷۷). *مغنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج*. جلد سوم. دار الکتب العلمیه.

- خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۶). *صراه النجاه فی اجوبه الاستفتاءات*، مع تعلیقات الجواد تبریزی. جلد یکم.
- سبزواری، سید عبد الاعلی (۱۴۱۳). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*. جلد ۳. چاپ چهارم. مؤسسه المنار.
- سلوکلائی، محمدفلاح (۱۳۵۳). *حکمت‌های تفاوت قصاص زن و مرد*. معرفت، ۱۳(۱۰)، ۵۷.

<https://www.magiran.com/paper/citation?ids=202317>

- سرخسی، محمد بن احمد شمس‌الائم (۱۴۰۶). *کتاب المبسوط*. جلد سی‌ام. دار المعرفه بیروت.
- سیستانی، علی (۱۴۱۴). *منهاج الصالحین*. جلد سوم: قم.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (بی تا). *شرح اللمعه الدمشقیه*. اشراف: سید محمد حسن کلانتر. مؤسسه الاعلمی للمطبوعات. جلد هشتم: لبنان.

- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳). *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. جلد سیزدهم: قم.

- شیخ طوسی، شیخ محمد بن حسن (بی‌تا). *النهایه*. دارالاندلس.
- شیخ الطوسی، ابی جعفر محمد (۱۴۱۷). *الخلاص*. جلد ۵. مؤسسه النشر الاسلامی.
- شیروانی، علی (۱۳۷۹). *ترجمه و تبیین شرح لمعه (قصاص و حدود)*. جلد چهاردهم. انتشارات دارالعلم.
- صانعی، یوسف علی (۱۳۸۳). *فقه و زندگی ۲ (برابری قصاص)*. موسسه فرهنگی فقه الثقلین.
- صانعی، یوسف (۱۳۸۶). *فقه الثقلین (کتاب القصاص)*. مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- صدر، محمد (۱۴۲۷). *ماوراء الفقه*. جلد هشتم. محبین: قم.
- صنعانی، عبدالرزاق بن همام (۱۴۰۳). *المصنف*. جلد ۱۰. چاپ حبیب الرحمان اعظمی.
- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸). *حقوق مدنی*. جلد ۵. چاپ دوم. دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبائی، سید علی (۱۴۱۲). *ریاض المسائل*. جلد ۱۰. دار الهادی.
- طباطبائی، سید محمد حسین (۱۴۱۸). *المیزان*. چاپ ۳. جلد ۲. مؤسسه النشر الاسلامی.
- طبرسی، ابوعلی الفضل بن الحسن (۱۳۷۹). *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*. ده جلد در پنج مجلد. جلد ۱. تحقیق السید هاشم الرسولی المحلاتی.
- طبرسی، ابوعلی فضل بن حسن (۱۴۰۸). *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*. جلد ۱ و ۲. بیروت. دار المعرفه.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۸). *المبسوط فی فقه الامامیه*. جلد ۴. چاپ محمدباقر بهبودی.
- عاملی، محمد حسین ابن حسن (۲۰۱۱). *الوسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*. جلد ۱۹. دار احیا التراث العربی.
- فاضل الهندی، بهاء الدین محمد (۱۴۰۵). *کشف اللثام*. جلد ۲. مکتبه آیت الله العظمی المرعشی النجفی.
- فاضل هندی. محمد حسن (۱۲۷۱). *کشف الثام و ابهام عن قواعد الاحکام*. جلد ۱. موسسه نشر اسلامی.
- قمی، محمد مؤمن (۱۴۱۵). *کلمات سدیاده فی مسائل جدیده*. جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه بقم. مؤسسه النشر الاسلامی: قم.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود (۱۴۰۹). *کتاب بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*. جلد هفتم: کویته.
- گلپایگانی، محمدرضا (۱۴۱۳). *ارشاد السائل*. دار الصفوة.
- مالکی، ابن عربی (۱۴۰۸). *احکام القرآن*. جلد چهارم. چاپ محمد عبدالقادر عطا.
- مقداد، فاضل (۱۳۱۱). *کنز العرفان فی فقه القرآن*. بی‌تا.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۷۷). *تحریر الوسيله*. چاپ دوم. جلد ۲. دفتر انتشارات اسلامی.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۵). *قواعد فقهیه*. انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۷۸). *صحیفه امام*. جلد ۲. موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- منتظری، حسینعلی (۱۳۸۱). *احکام پزشکی: مطابق با فتاوی فقیه عالی قدر حضرت آیت الله العظمی منتظری*. سایه.
- نجفی، حسن (۱۳۶۳). *جواهر کلام*. جلد ۴۲. دار احیا التراث العربی.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۲۰). *مستند الشیعه فی احکام الشریعه*. جلد نوزدهم. موسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث: مشهد.
- نووی، یحیی بن شرف (بی‌تا). *المجموع: شرح المهدب*. جلد ۲. دارالفکر.
- همدانی، رضا (۱۳۷۶). *مصباحه الفقیه*. چاپ یکم. جلد ۱. الموسسه جعفریه.
- یزدی، محمد کاظم (۱۴۱۱). *حاشیه مکاسب*. چاپ دوم. جلد ۱. اسماعیلیان.